Die Untermiete

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Albrecht Jung
Gerichtsreferendar in Breslau

1928

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Bruck.

Meinem Vater
Handelsgerichtsrat Bruno Jung
in Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsübersicht

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 11. Aufl. 1923.

Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19, Kohler-Ring-Oertmann.

Archiv für Zivilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin, Wendt.

Bähr, Gegenentwurf zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.

Baudry-Lacantinerie et Wahl, Du contrat social de louage in Traité théorique pratique de Droit civil. Bd. I. Paris, 1898.

Beudant, La rente et le louage in Cours de droit zivil français Bd. IV., 2. Paris, 1908.

Beisenkötter, Bernhard, Der Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 BGB. in der praktischen Anwendung und Auslegung. Leipziger Diss. 1909.

Beer, Das Recht der Wohnungsmiete. Leipzig 1903.

Borcherdt, Handbuch des Mieterechts unter besonderer Berücksichtigung des bisherigen Geltungsgebietes des preußischen Allgemeinen Landrechts. Breslau 1912.

Brandis, Ernst, Miet- und Wohnungsrecht in Reich und Ländern. 1925.

Brückner, Hermann, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB. 1902.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1901. II.

Crome, Karl, Die patriarischen Rechtsgeschäfte nach heutigem und römischem Recht. Freiburg 1897.

— System des deutschen bürgerlichen Rechts. II, 1. 1902.

— Französisches Obligationsrecht.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst Anlagen. 4. Aufl. 1896.

Dernburg, Heinrich, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußen. 3. Aufl. Halle 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 8. Aufl. Berlin 1903.

Ennecterus-Kipp-Wolff, Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1922.
Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst Einführungsgesetz.
Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1897.
Fränkel, Arnold, Das Miet- und Pachtrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.
Friderici, Das neue Mietrecht. 1900.
Fuld, Ludwig, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1898.
Glaser, Julius, **Unger,** Josef, **Walter,** Josef, Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des K. u. K. Obersten Gerichtshofes. Bd. II. 2. Aufl. Wien 1873.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. 2. Aufl. 1903.
Goldmann, Samuel, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, mit Ausschluß des Seerechts.
Hachenberg, Max, Staubs Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 4. Aufl. 1903.
Happeck, George, Wesen und Bedeutung des contrarius consensud nach römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, insbesondere bei erfüllten Verträgen. Im Arch. f. Bürg. R. 35, 1910.
Hellwig, Konrad, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Heuberger, Die Sachmiete nach dem schweizerischen Obligationsrecht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich. Zürich 1889.
Huber, Schweizerisches Privatrecht.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein.
Kantorowicz, Die Lehre von der Untermiete. Jenaer Diss. 1900.
Kölschbach, Die Ueberlassung des Gebrauchs der Mietsache durch den Mieter an einen Dritten nach § 549 BGB. Leipziger Diss. 1913.
Krüger, Die Untermiete des Code civil, des österreichischen allgemeinen Gesetzbuchs, des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationsrecht und des Deutschen BGB. in rechtsvergleichender Darstellung. Rostocker Diss. 1910.
Kranzbühler, Die Aftermiete. Gießener Diss. 1894.
Krainz-Pfaff, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. Wien 1889.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. II. Amtliche Ausgabe, 1888.

Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. 1923.
Leske, Franz, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Allgemeinen Landrechts. Berlin 1900.
Mittelstein, Max, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. Berlin 1913. 3. Aufl.
Neumann, Hugo, Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Schlegelberger und Olshausen.
Niendorf, Oskar, Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 10. Aufl. 1914.
Nissen, Ein Beitrag zu § 556 Abs. 3 und § 604. In JW. Bd. 32.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, herausgegeben von Biermann, v. Blume, Frommhold, Gareis, Nieder, Oertmann. 2. Aufl. Berlin 1906.
Paech, Fritz, Die Zwangsvollstreckung in das Recht des Mieters auf Gewährung der Sachen. Im ArchBürgR. Bd. 26. Berlin 1905.
Pfaff-Hofmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. 3. Aufl. 1907 und 1. und 2. Aufl. 1900.
Pincus, Kurt, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter. Leipziger Diss. 1900.
Prieß, Adolf, Das Recht der Untermiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1904.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles-Gebhard-Spahn. II. 1898.
Rappaport, Achill, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis Berlin 1904.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.
v. Reiche, Ludwig, Die Untermiete. Breslauer Diss. 1908.
Reichel, Hans, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme). München 1909.
Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1910.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 2: Die abgeleitete Schuld. Stuttgart 1902.
Rosin, Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und dem BGB. für das Deutsche Reich. Greifswalder Diss. Berlin 1907.
Schneider, Karl, Das Recht der Untermiete. Greifswalder Diss. 1907.

Schneider-Fick, Das schweizerische Obligationsrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit. Bd. I. 2. Aufl. Zürich 1897.
Schollmeyer, Friedrich, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1904.
Schroeder, Hans, Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach heutigem Recht. Leipziger Diss. 1909.
Schubart, Erich, Die Untermiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem gemeinen Recht. Greifswalder Diss. 1900.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Siber, Heinrich, Die Passivlegitimation bei der rei vindictio als Beitrag zu der Lehre von der Aktionenkonkurrenz.
v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. I. 9. Aufl. 1925. II. 7./8. Aufl. 1912. III. 9. Aufl. 1926.
Stoll, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. 47. 1927. Herausgegeben von Lery, Rabel, Heymann, Stütz und Feien.
Stammler, Rudolf, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Sonderdruck aus der Festgabe der Juristischen Fakultät Halle zu Dernburgs 50. Doktorjubiläum Halle 1900.
Stern, Karl, Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter. 6. Aufl. 1923.
v. Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen BGB. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse.
Viollet, Paul, Histoire usw.
Viollet, Paul, Histoire du Droit Civil Français. 1905.
Warneyer, Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Zachariae-v. Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Freiburg 1894.

Einleitung.

Untermiete ist der Vertrag, durch den der Mieter einer Sache diese an einen Dritten, den Unter- oder Aftermieter weiter vermietet. Am häufigsten kommt die Untermiete beim Vermieten von Wohnräumen vor. Davon soll hier allgemein die Rede sein.

Die Miete von Wohnräumen ist ein Ausfluß des Zusammendrängens großer Menschenmassen in den Städten. Schon in Rom galt das Bauen von größeren Häusern (Mietkasernen) als nicht ungünstige Kapitalsanlage. Allerdings wohnte in Rom nur die ärmere Bevölkerungsschicht in Mietwohnungen.[1] Anders heut. Durch den häufigen Wechsel des Aufenthaltsortes besonders bei Beamten und jüngeren Kaufleuten und dem Mangel an freiem Kapital zum Bauen von eigenen Häusern ist die Mehrzahl auch der den gut situierten Bevölkerungsklassen angehörigen Personen darauf angewiesen, Mietwohnungen zu beziehen. Nur ein ganz geringer Teil der Bevölkerung in den Städten wohnt in Eigenhäusern, Villen usw. Dadurch mußte die Regelung der Gesetzesbestimmungen über die Miete besondere Beachtung finden, sie war ein Stück soziales Problem geworden.[2]

Die Untermiete wiederum bietet dem Mieter Gelegenheit, seine gemieteten Räume wirtschaftlich auszunutzen und so einen eventuellen hohen Mietzins durch Vermietung einzelner Zimmer herabzumindern. In Universitätsstädten ist sie eine gute Einnahmequelle der Einwohner, die von nicht zu unterschätzender wirtschaftlicher Bedeutung ist und mit der fest gerechnet wird. Andererseits wieder ist sie für Studenten und jüngere Personen in der Großstadt, die nicht in der Lage sind, sich einen eigenen Hausstand zu gründen, unbedingt erforderlich.

---

1) Anderer Ansicht jetzt Stoll, der auf Grund der Schilderung des Typs eines römischen Hauses bei Calza: La case d'affitio in Roma antica es für nicht mehr möglich hält, die schlechte Stellung des Mieters einer Wohnung im römischen Recht aus der sozialen Stellung des Mieters zu erklären. (Stoll in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 47, 1927, S. 528, Anm. 2.

2) „Im Mietrecht liegt ein Steück soziale Frage“ sagte der kürzlich verstorbene Reichsgerichtsrat Beer in einem Vortrage, den er im Jahre 1903 vor einem Publikum von Nicht-Juristen hielt.

Die Bestimmungen über die Untermiete, besonders über die Zulässigkeit an sich, sind von den einzelnen Gesetzeskodifikationen verschiedenartig geregelt worden. Verglichen sollen hier werden die Bestimmungen über die Untermiete in den Gesetzen von vier mitteleuropäischen Staaten, nämlich in den des Deutschen Reiches, von Oesterreich, der Schweiz und von Frankreich, und zwar deshalb, weil sie alle im Ursprung auf das römische Recht zurückgehen. Hauptsächlich ist dabei im Rahmen der rechtsvergleichenden Darstellung auf die Fragen eingegangen worden, die in den einzelnen Gesetzeskodifikationen verschiedenartig geregelt worden sind.

I.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter.

a) Das Verbot der Gebrauchsüberlassung und der Untermiete im BGB.

1. Die Entwürfe zum BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage der Gebrauchsüberlassung der gemieteten Sache an einen Dritten im § 549 geregelt. Danach ist grundsätzlich der Mieter nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache an einen Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiterzuvermieten.

Diese grundsätzliche Ablehnung des Prinzips der Sublokationsfreiheit war in dem I. Entwurf zum BGB. nicht geplant. Die 1. Kommission hatte dem Mieter die unbeschränkte Gebrauchsüberlassungsbefugnis zugestanden.[1] Sie folgte dabei dem Grundsatz des römischen Rechts: „nemo prohibitur rem quam conduxit fruendam alii locare si nihil aliud convenit".[2]

Auch das gemeine Recht gab dem Mieter die Berechtigung, die gemietete Sache auch ohne Erlaubnis des Vermieters weiterzuvermieten.

Bei der Abfassung des Allgemeinen Landrechts hat Suarez in der revisio inventorum zum ersten Male den Gedanken zum Ausdruck gebracht, daß der Mietvertrag zu denjenigen Verträgen gehöre, „wo es auf persönliches Vertrauen" — zwischen den Vertragsparteien — „mit ankomme". Auf Grund dieser Erwägungen wurde dann die vorgesehene Bestimmung, daß der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters weitervermieten könne, wenn für den Vermieter kein Nachteil daraus erwachse, fallen gelassen und die Ueberlassung des Gebrauchs der Mietsache an einen Dritten ohne Erlaubnis des Vermieters für unzulässig erklärt. Aehnlich wie im BGB. wurde dem Mieter ein Kündigungsrecht zugebilligt, wenn der Vermieter die Erlaubnis ohne Vorliegen eines näher umschriebenen Grundes verweigerte.[3]

---

1) Prot. 1. Lsg. S. 2091 und 2090. I. Entw. § 516.
2) 1. 6. C de locatio conducto 4, 65.
3) ALR. § 309 I 21.

Auf den gleichen Standpunkt stellte sich bei Abfassung des BGB. die 2. Kommission, die den Gedanken von Suarez über das gegenseitige Vertrauensverhältnis zwischen Vermieter und Mieter aufgenommen hat. Aus der Erwägung heraus, daß beim Abschluß eines Mietsvertrages nicht nur die wirtschaftlichen Fähigkeiten des Mieters die Hauptrolle spielen, wie es in Rom vor allem der Fall war, sondern daß für die Entscheidung des Vermieters nicht selten „persönliche Eigenschaften des Mieters, sein Beruf, seine Lebensweise ausschlaggebend sind", kam man in der Kommission zu der Ueberzeugung, „daß auf die Person des Mieters entscheidendes Gewicht gelegt" werden müsse und folglich dem Vermieter in der Regel gegen seinen Willen ein Untermieter nicht aufgenötigt" werden könne.[4] Die Gebrauchsüberlassung der gemieteten Sache an einen Dritten wurde daher von der Erlaubnis des Vermieters abhängig gemacht, und der Grundsatz der freien Untervermietung fallen gelassen, da er lediglich aus dem römischen und gemeinen Recht und den Partikularrechten übernommen war und dem damaligen Rechtsempfinden nicht mehr entsprach. Aehnlich wie im ALR. wurde dem Mieter das Recht der vorzeitigen Kündigung gewährt, wenn der Vermieter die Erteilung der Erlaubnis ohne einen in der Person des Dritten liegenden Grundes verweigerte.

2. Gebrauchszession und Untermiete.

Das BGB. kennt nicht den Ausdruck „Untermiete", der nur in das Gerichtsverfassungsgesetz[1] und in die Zivilprozeßordnung[2] aufgenommen worden ist. Praxis und Wissenschaft stimmen jedoch darin überein, daß unter „Weitervermieten" die Untermiete gemeint ist.[3] Was unter das „Mieten" und „Weitervermieten" zu verstehen ist, hat das BGB. nicht genau bestimmt, ist aber aus § 535 BGB. zu entnehmen.[4] Danach ist der Vermieter verpflichtet, den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit dem Mieter gegen Zahlung des vereinbarten Mietzinses zu gewähren. Wesen der Vermieterverpflichtung ist also das Gewähren des Gebrauchs. Das Gleiche gilt für das Weitervermieten. Der Gesetzgeber hat dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der Untermietvertrag in dem Vermieten der gemieteten Sache durch den Mieter an einen Dritten besteht, also ein neuer Mietvertrag ist.

---

4) Prot. II, 183; Denkschr. S. 105.
1) GVG. § 13 Nr. 2.
2) ZPO. § 709 Nr. 1.
3) Der Ausdruck Untermiete wurde auch schon im 1. und 2. Entwurf (§ 516, 493) und in den Motiven II, 396 verwandt.
4) Mot. II, 370.

Im § 549 BGB. werden die Begriffe „den Gebrauch einer gemieteten Sache einem Dritten überlassen" und „weitervermieten" durch das Wort „insbesondere" in engsten Zusammenhang gebracht. Um sich diese Verbindung zu erklären, soll vorerst untersucht werden, was der Gesetzgeber mit dem ersteren Begriff gemeint hat.

Crome[8] steht auf dem Standpunkt, daß mit der Gebrauchsüberlassung des § 549 BGB. die sogenannte Gebrauchszession gemeint ist, d. h. eine Abtretung der dem Mieter aus dem Mietvertrage zustehenden Rechte, also insbesondere des Rechts auf Gewährung des Gebrauchs. Er folgert dies aus einer Bemerkung der Motive: „Indem der § 516" (1. Entwurf), die Ueberlassung des Gebrauchs der Sache durch den Mieter an einen Dritten gestattet, sind zugleich die dem Mieter aus dem Mietvertrage zustehenden obligatorischen Rechte für abtretungsfähig erklärt worden".[5]

Nach Crome hat daher der Gesetzgeber Untermiete und Gebrauchszession in Gegensatz stellen wollen. Cromes Ansicht schließt sich Oertmann[6] an, der sagt, „daß in Wahrheit beide (Untermieter und Gebrauchszession) sehr verschieden sind". Auch er führt aus, daß „die Gebrauchsüberlassung eine Zession der dem Mieter zustehenden Rechte sei und auf allen denkbaren Rechtsgründen causae cessionis beruhen kann.[7] Sowohl Crome wie Oertmann erblicken also im § 549 BGB. ein Verbot der Abtretung der Rechte aus dem Mietvertrag. Nicht ganz so weit geht Paech.[9] Er behauptet nicht, daß die Möglichkeit der Abtretung der Ansprüche aus dem Mietvertrag generell durch den § 549 BGB. ausgeschlossen wird, sondern macht nur die Rechtswirksamkeit der Untermiete von der Erlaubnis des Vermieters abhängig. Der an sich statthaften Zession fehle die rechtliche Wirkung gegenüber dem Vermieter, die Ansprüche aus dem Mietvertrag seien daher aus diesem Grunde nicht übertragbar.

Der Ansicht, daß die Ansprüche aus dem Mietvertrage nicht übertragbar seien, ist an sich zuzustimmen. Die Gleichsetzung, Gebrauchsüberlassung und Gebrauchszession hat der Gesetzgeber jedoch nicht beabsichtigt. Die Erlaubnis des § 549 BGB. bezieht sich, wie unten noch weiter darzulegen sein wird, lediglich auf das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter. Ihre Erteilung bewirkt, daß dieser nicht vertragswidrig handelt, wenn er den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten überläßt. Das im § 549 BGB.

---

5) Mot. II, 396.
6) Oertmann zu § 549 Anm. 2.
7) Oertmann zu § 549 Anm. 2.
8) Crome § 241.
9) Paech S. 9.

enthaltene Verbot bezieht sich auf den Abschluß eines Untermietvertrages, sondern auf das rein tatsächliche Dulden des Ueberlassens der gemieteten Sache an den Dritten. Der Vermieter soll gegen eine Beeinträchtigung seiner Rechte durch Dritte geschützt werden. Nicht schon der Abschluß des obligatorischen Vertrags, sondern erst seine Erfüllung können einen Eingriff in die Rechte des Vermieters darstellen. Für den Gesetzgeber lag demnach kein Grund vor, im § 549 BGB. ein Verbot zum Abschhuß eines obligatorischen Vertrags zu normieren, um die Rechte des Vermieters gegen eine Beeinträchtigung durch Dritte zu schützen. Mittelstein kommt zu dieser Ansicht aus der Erwägung heraus, daß auch die Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters gemäß § 535 BGB. sich auf das tatsächliche Gewähren bezieht.[10] Es trifft daher „das Verbot der Gebrauchsüberlassung des § 549 jede tatsächliche Ueberlassung des Gebrauchs"[10]. Derselben Ansicht sind Planck[11] und Staudinger.[12]

Die Untermiete ist daher lediglich beispielsweise als der „praktisch wichtigste Fall"[13] der Gebrauchsüberlassung vom Gesetzgeber angeführt worden. Beide Begriffe sind vom Gesetzgeber nicht in bewußten Gegensatz gestellt worden.

3. Die Unabtretbarkeit der Ansprüche aus dem Mietvertrag.

Die Unabtretbarkeit der Rechte aus dem Mietvertrag ergibt sich jedoch aus § 399 BGB. Danach kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, oder die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Ich habe oben schon auseinandergesetzt, daß das Mietverhältnis auf dem persönlichen Vertrauen der Vertragsparteien beruht und daß vor allem die Person des Mieters für die Entscheidung des Vermieters beim Abschluß des Mietvertrages maßgebend ist. Schon durch den Wechsel des Gebrauchers der Mietsache kann eine Beeinträchtigung der Rechte des Vermieters erfolgen. Umsomehr kann die vollkommene Abtretung der Rechte aus dem Mietvertrage dem Vermieter zum Schaden gereichen. Da die Person des Schuldners bei der Miete für die Art der Leistung maßgebend ist, kann die Leistung von einem anderen als dem ursprünglichen Schuldner nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen.

10) Mittelstein S. 436.
11) Planck zu § 549 BGB. Anm. 3.
12) Staudinger zu § 549 BGB. Anm. 4
13) Mittelstein § 87 S. 436.

Die Rechte aus dem Mietvertrag sind daher mit Rücksicht auf die besondere Natur des Mietverhältnisses nach § 399 BGB. nicht abtretbar.[1] Selbstverständlich ist es durch Parteivereinbarung, nämlich durch Vertrag zwischen Vermieter und Mieter, möglich, die Rechte aus dem Mietvertrag zu abtretbaren zu machen, indem vereinbart wird, daß die Leistung auch an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger erfolgen kann.[2]

4) Die Erlaubnis des § 549 BGB.

aa) Rechtlicher Charakter.

Das Verbot der Ueberlassung der gemieteten Sache durch den Mieter an einen Dritten ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht streng durchgeführt worden, sondern die Ueberlassung ist lediglich von der Erlaubnis des Vermieters abhängig gemacht worden. Der rechtliche Charakter dieser Erlaubnis war bestritten.

Endemann hat sie früher[1] als Einwilligung im Sinne des § 183 BGB. angesehen. Nach dieser Ansicht ist das Wort „Erlaubnis" nicht der „hierfür passendeAusdruck", sondern es handele sich, da auch besonders die Protokolle nur von einer Einwilligung sprächen, um eine Einwilligung entsprechend § 183 BGB."[2] Es ist richtig, daß bei Beratung des § 516 des 1. Entwurfs immer nur von einer Einwilligung die Rede gewesen ist. Gerade aber die Tatsache, daß in den späteren Kommissionen an Stelle „Einwilligung" „Erlaubnis" gesetzt worden ist, deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber etwas anderes hat zum Ausdruck bringen wollen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat für dieselben Begriffe stets die gleichen Worte gebraucht. Ausdrucksweise und Wortfassung ist überall vom Gesetzgeber mit Vorbedacht gewählt worden. Es ist bei der sorgfältigen Behandlung bei der Abfassung des BGB. nicht denkbar, daß der Gesetzgeber an Stelle des sonst genau umrissenen Begriffs Einwilligung Erlaubnis gesetzt hätte, wenn er damit nicht einen bestimmten Zweck verfolgt hätte. Auch die rechtlichen Folgen dieser Ansicht führen zu falschen Ergebnissen. Danach würde nämlich der von dem Mieter geschlossene Untermietvertrag erst rechtsgültig werden, wenn der Vermieter seine Einwilligung dazu gibt. Dies widerspricht, wie noch unten ausgeführt werden wird, der in Praxis und Wissenschaft allgemein anerkannten Ansicht, daß der zwischen Mieter und Untermieter geschlossene Vertrag ein selbständiger Miet-

---

1) Ebenso Planck zu § 549; Oertmann zu § 549, 2; Brückner S. 100.
2) Planck Bem. 1 zu § 399; Staudinger zu § 399, Bem. 1.
1) Endemann in den ersten fünf Auflagen.
2) Endemann zu § 169,3 Anm. 5, 5. Aufl.

vertrag ist, der vollkommen unabhängig von dem Hauptmietverhältnis besteht. Das Verbot der Gebrauchsüberlassung bezieht sich doch lediglich auf das rein tatsächliche Verhältnis und nicht auf das obligatorische Geschäft. Mit Recht hebt daher Staudinger[3] herhervor, daß man „auch dieser Erlaubnis die streng technische Bedeutung einer Einwilligung wird absprechen müssen".[4] In den neueren Auflagen vertritt Endemann[5] den Standpunkt, daß „die Erlaubnis hier in enger Verwandschaft mit der Einwilligung stehe und sich als ein Verzicht auf das Verbietungsrecht des Vermieters darstelle. Dabei stellt er, wie Mittelstein[6] sagt, „die Rechtslage auf den Kopf". Es handelt sich hierbei, wie Oertmann[7] ausführt, nicht um einen Verzicht auf ein Recht des Vermieters, sondern um die Begründung eines neuen Rechtszustandes für den Mieter.

Die Erlaubnis des § 549 BGB. ist eine Erklärung, die vom Vermieter dem Mieter gegenüber abzugeben ist. Sie bewirkt lediglich, daß die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten nicht einen vertragswidrigen Gebrauch seitens des Mieters darstellt und daß dadurch die Exmission beseitigt werde. Mit Recht wird sie daher von der Mehrzahl der Schriftsteller[8] als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung bezeichnet.

bb) Form, Anfechtbarkeit und Widerruf der Erlaubnis.

Die Erteilung der Erlaubnis ist nach der herrschenden Ansicht an eine Form nicht gebunden. Auch bei Verträgen, die gemäß § 566 BGB. der schriftlichen Form bedürfen, ist eine solche nicht notwendig, da die Erlaubnis keine Vertragserklärung darstellt. Das Gesetz selbst hat ebenfalls keine Form vorgeschrieben. Die Erlaubnis kann auch durch konkludentes Schweigen erteilt werden, indem der Vermieter das Gebrauchenlassen durch einen Dritten duldet. Sie wird dann aber immer nur für den besonderen Fall und nicht generell erteilt sein, da für die Entscheidung des Vermieters die spezielle Persönlichkeit des Dritten maßgebend ist und auch danach entschieden wird, ob in der Person dieses Dritten ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht. Natürlich können infolge des dispositiven Charakters der Mietvorschriften bei dem Abschluß des Hauptmietvertrages Verein-

3) Staudinger zu § 549 II, 1. (Ausgabe 1912 Bd. II, 1 S. 890).
4) Ebenso Oertmann zu § 549,3; Mittelstein S. 440, § 88, 2; Fuld S. 106; Planck zu § 549.
5) § 88 Anm. 9 S. 440.
6) Oertmann zu § 549, 3 b.
7) Endemann, 8. Aufl. 1903, § 169, Anm. 18.
8) Planck zu § 549, 2 b; Staudinger zu § 549 II, 1; Fuld S. 106; Mittelstein § 58, 2. S. 440.

barungen darüber getroffen werden, daß jegliche Untermiete überhaupt ausgeschlossen oder diese allgemein gestattet wird.

Die Erlaubnis des § 549 BGB. kann als Willenserklärung nach den allgemeinen Grundsätzen wegen Irrtums und Betrugs angefochten werden. Nach der herrschenden Meinung ist sie, einmal erteilt, nicht frei widerrufbar, da der Vermieter nach erteilter Erlaubnis durch den Abs. 2 des § 549 BGB. geschützt ist.[9] Anderer Ansicht ist Mittelstein[10], der auf dem Standpunkt steht, daß der Vermieter für befugt erachtet werden muß, die Erlaubnis durch einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung zurückzunehmen, falls erst nach Erteilung der Erlaubnis ein wichtiger Grund entsteht, der den Vermieter zur Verweigerung der Erlaubnis berechtigt haben würde.

cc) Die Erlaubnisverweigerung und ihre Folgen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 549 kein unbeschränktes Verbot der Gebrauchsüberlassung und der Untermiete aufstellen wollen. Zwar ist die Gebrauchsüberlassung von der Erteilung der Erlaubnis des Vermieters abhängig gemacht worden. Das Gesetz hat aber dem Vermieter hierbei nicht vollkommen die freie und willkürliche Entscheidung überlassen, sondern es hat, um einer unbilligen und schikanösen Ausübung des Erlaubnisverweigerungsrechts vorzubeugen, dem Mieter ein Kündigungsrecht gegeben, wenn der Vermieter die Erteilung der Erlaubnis ohne wichtigen Grund verweigert. Genau so, wie es also bei der Frage der Zulässigkeit der Gebrauchsüberlassung geglaubt hat, das Interesse des Vermieters dahingehend wahren zu müssen, daß die Ueberlassung an einen Dritten nicht ohne Willen des Vermieters erfolgen kann, so hat es andererseits doch nicht außer acht gelassen, daß auch die Stellung des Mieters gegenüber der Willkür des Vermieters geschützt werden muß. Es ist nun aber nicht so weit gegangen, daß es den Vermieter verpflichtet hätte, die Erlaubnis zu erteilen, falls ein wichtiger Grund in der Person des Dritten nicht vorliegt. Die Folge dieser Ansicht, die Niendorff[11] vertritt, wäre, daß dem Vermieter tatsächlich durch den Mieter ein Untermieter aufgezwungen werden könnte. Weitere Folge wäre, daß der Vermieter bei Verletzung dieses Rechts auf Gestattung der Gebrauchsüberlassung Schadensersatzansprüche geltend machen könnte. Das hat der Gesetz-

---

9) Staudinger zu § 549 II, 3; Planck zu § 549, 2c; Goldmann Lilienthal § 156, Nr. 13; Crome § 241, Nr. 14.
10) Mittelstein § 88, 241.
11) Niendorff § 33, 4 a, b.

geber ausdrücklich nicht gewollt, wie aus der Ablehnung eines dahingehenden Antrages bei der 2. Lesung[12] hervorgeht.

Insoweit hat nämlich das Gesetz das Prinzip des Verbots der Untermiete streng durchgeführt, daß dem Vermieter gegen seinen Willen die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten nicht aufgezwungen werden kann, sondern daß er bei grundloser Verweigerung lediglich Gefahr läuft, einen Mieter zu verlieren.

Wenn ein wichtiger Grund vorliegt, ist nach den speziellen Fällen zu beurteilen. Das BGB. hat die endgültige Entscheidung dem subjektiven Willen der Vertragsparteien entzogen und sie in die Hand des objektiv urteilenden Richters gelegt.

In der Praxis wird es darauf hinauskommen, daß der Mieter, falls ihm nach seiner Ansicht die Erteilung der Erlaubnis vom Vermieter grundlos verweigert worden ist, auf Feststellung seines Kündigungsrechts klagen wird. Der Vermieter hätte dann zu beweisen, daß ein wichtiger Grund zur Verweigerung der Erlaubnis vorliegt. Die Entscheidung des Gerichts bürgt dann dafür, daß die Belange der Parteien gleichmäßig berücksichtigt werden und unbillige Härten nach jeder Hinsicht vermieden werden.

Es würde im Rahmen der Arbeit zu weit führen, eine größere Anzahl Beispiele zu geben, die einen wichtigen Grund zur Verweigerung der Erteilung der Erlaubnis darstellen. Allgemein sei erwähnt, daß maßgebend für die Entscheidung die Prüfung der Frage sein wird, ob dem Vermieter bei objektiver Beurteilung der Persönlichkeit des Dritten eine Gebrauchsüberlassung an diesen wird zugemutet werden können, d. h. „ob also dessen persönliche Eigenschaften, sein Beruf, seine Lebensweise die Besorgnis begründen, daß er die Mitbewohner erheblich belästigen oder beeinträchtigen oder daß er von den Mieträumen einem den Vermieter schädigenden Gebrauch machen werde“[13] oder nicht. Hierüber hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Bestritten ist ferner die Frage, ob der Vermieter dem Mieter die Gründe seiner Verweigerung mitteilen muß, falls letzterer dies fordert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes: „Der Mieter kann das Mietverhältnis kündigen, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt“, müßte man allerdings schließen, daß der Grund lediglich „vorzuliegen“, aber nicht mitgeteilt zu werden braucht. Danach wäre der Mieter nicht berechtigt, die Annahme der Gründe zu verlangen. Mit Rücksicht auf den im BGB. herrschenden Grundsatz von Treu und Glauben wird man jedoch annehmen müssen, daß der Mieter

12) Prot. 1966 bei Mugdan Bd. II, S. 848.
13) Niendorff § 37, 4, S. 283.

die Angabe der Gründe verlangen kann, um wenigstens „in die Lage versetzt zu werden, die Rechtmäßigkeit der Verweigerung zu prüfen".[14] Der Mieter ist sonst garnicht fähig zu beurteilen, ob für ihn die Befugnis zur Kündigung vorhanden und ein Grund zur Erhebung der Klage gegeben ist.[15]

5. Der dispositive Charakter der Vorschrift des § 549 BGB.

Es ist allgemein anerkannt, daß das Verbot der Gebrauchsüberlassung, das der § 549 des BGB. enthält, kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. darstellt. In einem solchen Fall würde die Verletzung dieser Vorschrift die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben. § 549 BGB. gilt vielmehr lediglich subsidär, falls keine vertraglichen Abreden getroffen worden sind. Der größte Teil der Bestimmungen über die Miete ist, wie überhaupt der des 2. Buches des BGB., ius dispositivum. In der Praxis wird meistens in den wohl jetzt allgemein üblichen schriftlichen Mietverträgen eine Bestimmung über die Zulässigkeit der Untermiete getroffen sein. Dadurch wird § 549 BGB. tatsächlich außer Kraft gesetzt.

6. Zusammenfassung.

Zusammenfassend sei bemerkt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, ausgehend von der schon im Allgemeinen Landrecht ausgesprochenen, auf Suarez zurückgehenden Erwägung, daß das Mietverhältnis ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien voraussetzt, im § 549 den Grundsatz des Verbots der Gebrauchsüberlassung der gemieteten Sache an einen Dritten ausgesprochen hat. Man hat bei der Schaffung des Verbots des § 549 die Interessen des Vermieters mit Recht berücksichtigen zu müssen geglaubt. Die Grundstückseigentümer, besonders ihre Interessenvertretung, der Zentralverband der Haus- und Grundbesitzervereine, haben bei der Abfassung des BGB. zweifellos hier entscheidend den Gesetzgeber zu beeinflussen gewußt. Andererseits hat es der Gesetzgeber verstanden, auch den Mieter nicht der absoluten Willkür des wirtschaftlich meist stärkeren Grundstückseigentümers vollständig zu überantworten. Die Erlaubnis zur Untermiete darf nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigert werden. Andererseits steht dem Mieter das Kündigungsrecht zu. Die Entscheidung über das Vorliegen eines wichtigen Grundes liegt in der Hand

---

14) R.G. v. 16. 9. 1910 im Recht 1910, S. 3734.
15) Niendorff S. 284; Fuld S. 107.

des objektiv urteilenden Richters. Eine überwiegende Berücksichtigung der Interessen des Vermieters ist aber wiederum darin zu erblicken, daß der Mieter gegen seinen, des Vermieters, Willen die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten nicht erzwingen kann.

Tatsächlich ist also im BGB. für das Deutsche Reich der Vermieter gegenüber dem Mieter besser gestellt worden. Die Richtigkeit dieses Gedankens und des ganzen Systems des BGB., das in dieser Hinsicht einen Ausgleich der widerstrebenden Interessen von Vermieter und Mieter erstrebt, hat die Praxis bis zum Kriegsbeginn ergeben. Man kann nicht sagen, daß irgendwelche Härten in sozialer Hinsicht sich aus der geringfügigen Besserstellung des Vermieters ergeben haben.

b) Die Regelung der Frage der Gebrauchsüberlassung und der Untermiete in den ausländischen Kodifikationen.

Ganz unterschiedlich vom Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich haben die hier miteinander verglichenen ausländischen Kodifikationen die Frage der Gebrauchsüberlassung der gemieteten Sache an einen Dritten bezw. die Untermiete behandelt.

Das französische[1], schweizerische[2] und österreichische[3] Gesetz haben grundsätzlich das Prinzip der freien Untervermietung vom römischen Recht übernommen. Der art. 1717 C. c. berechtigt den Mieter schlechthin, die gemietete Sache weiterzuvermieten, er geht sogar so weit, grundsätzlich die Abtretung der Rechte aus dem Mietvertrage zu gestatten (céder son bail a un autre). Der französische Gesetzgeber hat den im BGB. verankerten Gedanken des Vertrauensverhältnisses zwischen Mieter und Vermieter nicht aufgenommen. Er ist von dem Gedanken ausgegangen, daß der Vermieter beim Abschluß des Mietvertrages nicht besonderen Wert auf die persönlichen Eigenschaften des Mieters, sein Alter, Lebensstellung und Rang gelegt hat, sondern daß es ihm vor allem darauf angekommen ist, einen „locataire solvable" zu haben. Da der Untermieter im französischen Recht neben dem Hauptmieter in Höhe seines Mietzinses auch dem Hauptvermieter haftet, wird dieser nicht schlechter, eher gün-

1) Le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie. Cette clause est toujours de rigeur. (art. 1717 C. c.).

2) Der Mieter ist berechtigt, die gemietete Sache ganz oder teilweise weiterzuvermieten (Untermiete, Aftermiete), vorausgesetzt, daß dadurch nicht eine für den Mieter nachteilige Veränderung bewirkt wird. (Art. 285 Abs. 1 OblR.)

3) Mieter und Pächter sind berechtigt, das Miet- und Pachtstück dem Vertrage gemäß durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benutzen oder auch in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann oder im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist. (§ 1098 a. BGB.)

stiger gestellt, da er jetzt zwei statt eines Schuldners hat, die er in Anspruch nehmen kann. Hierdurch glaubt man, die Interessen des Vermieters genügend geschützt zu haben.[4]

Eine Einschränkung erhält jedoch art. 1717. Der Mieter hat das Recht, unbeschränkt weiterzuvermieten nur, si ne lui a pas ete interdite. Die Parteien können also bei Vertragsabschluß ausbedingen, daß Untermiete überhaupt verboten ist oder daß sie nur mit Genehmigung des Vermieters erfolgen kann. „Cette clause est tonjours de rigeur". Verstößt der Mieter durch Aufnahme eines Untermieters gegen diese Klausel, so wird dies meistens die Auflösung des Hauptmietverhältnisses zur Folge haben. Der Vermieter kann in einem solchen Falle willkürlich seine Entscheidungen treffen. „Sein Ablehnungsrecht kann nicht wegen Unbilligkeit beschränkt werden."[5] Die Gerichte werden in einem solchen Fall daher niemals wie etwa im BGB. beim Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit haben, die Gründe der Versagung der Genehmigung zu prüfen.

Das österreichische und schweizerische Recht haben nicht in der unbeschränkten Form wie der Code civil, der hierin absolut dem römischen Recht gefolgt ist, den Grundsatz der freien Untervermietung aufrechterhalten. Beide Gesetze gestatten die Weitervermietung, „wenn es ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann" bezw. „vorausgesetzt, daß dadurch nicht eine für den Mieter nachteilige Veränderung bewirkt wird."[6] Sie nähern sich dabei der Auffassung, des BGB. in der Hinsicht, daß die Entscheidung darüber, ob die Gebrauchsüberlassung an Dritte ohne Nachteil des Vermieters erfolgen kann, letzten Endes in der Hand des Richters liegen wird."[6] Dieselben Gründe, die im deutschen Recht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § BGB. den Vermieter berechtigten, die Erlaubnis zu versagen, werden ihn sicherlich auch im österreichischen und schweizer Recht eine Handhabe geben, die Untermiete zu verhindern, da sie ihm zum Nachteil geraten könnte. Bei der Abfassung des schweizerischen Gesetzbuches hat man lange geschwankt, ob man die Untermiete nicht auch von der Zustimmung des Vermieters abhängig machen sollte. Nur durch Stichentscheid des Präsidenten hat sich die Kommission des Nationalrates für das Prinzip der Sublokationsfreiheit entschieden.[7] Das österreichische BGB. hat im übrigen eine

4) Bei der Teilpacht ist jedoch C. c. von dem Grundsatz der Sublokationsfreiheit abgewichen. Celui qui cultive sons la condition d'un partage de fruits avec le bailleur ne peut ni sons-louer ni céder, si la faculté ne lui en a été expressément accordé par le bail. (art. 1763 C. c.).

5) Zachariae-Crome § 348 S. 556, Anm. 2.

6) Anders bei der Pacht Art. 306 OblR. Der Pächter darf den Pachtgegenstand ohne Zustimmung des Verpächters nicht weiterverpachten.

7) Schneider-Fick zu Art. 285, Anm. 1.

dem französischen Recht entsprechende Bestimmung aufgenommen, daß die Untermiete verboten ist, falsch sie durch Parteivereinbarung ausgeschlossen ist.[8]

Zusammenfassend sei bemerkt, daß in sämtlichen Rechten das Bestreben zu bemerken ist, „ein Ausgleich der widerstrebenden Interessen“[9] des Grundstückseigentümers und des Mieters herbeizuführen. Je nach der sozialen Auffassung ist der Mieter oder Vermieter mehr geschützt worden. Am günstigsten steht der Mieter des Code civil. Rein äußerlich am meisten geschützt ist der Vermieter des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, dem ein Untermieter gegen seinen Willen nicht aufgezwungen werden kann. Eine Mittelstellung nimmt das schweizerische und österreichische Recht ein. Allen Gesetzen gemeinsam ist die Möglichkeit der Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen durch Parteivereinbarungen. Ebenso ist, wie unten noch darzulegen sein wird, in allen Gesetzen dafür gesorgt, daß der Vermieter nicht Schaden durch vertragswidrigen Gebrauch durch den Untermieter erleidet.

c) Haftung des Mieters bei unerlaubter Gebrauchsüberlassung und für Verschulden des Untermieters.

Ueberläßt der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten, so handelt er nach BGB. vertragswidrig. § 553 BGB. hebt ausdrücklich die Gebrauchsüberlassung an Dritte ohne erteilte Erlaubnis als Fall des vertragswidrigen Gebrauchs hervor.[10] Dem Vermieter stehen daher in diesem Fall die ihm zukommenden Rechte bei vertragswidrigem Gebrauch der gemieteten Sache durch den Mieter zu. Er kann nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadenshaftung bei positiver Vertragsverletzung den Mieter in Anspruch nehmen. Er kann andererseits nach den speziellen Mietvorschriften gegen ihn vorgehen. Es steht ihm nach § 550 BGB. nach erfolgloser Abmachung die Klage auf Unterlassung zu, oder kann gemäß § 553 nach ebenfalls erfolgter Abmachung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen. § 553 geht jedoch in der Hinsicht noch weiter, daß er nicht nur den Mieter für sein eigenes Handeln haften läßt, sondern auch für die Handlungen dessen, dem er den Gebrauch der vermieteten Sache überlassen hat, verantwortlich macht und bei vertragswidrigem Verhalten dieser dritten Person dem Vermieter

---

8) „oder im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist“.
9) Stubenrauch zu § 1098 Anm. 2.
10) „insbesondere einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt“.

nach erfolgloser Abmahnung, die gegenüber dem Mieter zu erfolgen hat, ein Kündigungsrecht gibt. Vermietet also ein Untermieter weiter, so hat der Hauptvermieter und natürlich auch der Mieter, falls er und der Hauptvermieter dem Untermieter nicht die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte gegeben hat, ein Kündigungsrecht nach § 533 BGB.

Aehnliche Bestimmungen wie für den Fall der erlaubnislosen Weitervermietung im BGB. enthält das ausländische Recht, falls entgegen dem grundsätzlich herrschenden Prinzip der Sublokationsfreiheit die Untermiete vertraglich ausgeschlossen worden ist und der Mieter trotzdem weitervermietet.

Im österreichischen Recht stehen dem Vermieter die Ansprüche aus § 1118 a. BGB. nur zu, wenn in der Ueberlassung der Mieträume an den Dritten ein erheblicher nachteiliger Gebrauch für den Vermieter liegt.[11] Andernfalls kann er nur gemäß den Ansprüchen auf Vertragserfüllung Entfernung des Untermieters und Schadensersatz verlangen.[12]

Das schweizerische Obligationenrecht gewährt, vorausgesetzt, daß die Untervermietung verboten war und sich daher als vertragswidriger Gebrauch darstellt, dem Vermieter die Klage aus Art. 283 OblR.[13] auf sofortige Auflösung des Mietverhältnisses und Schadensersatz. Eine Abmachung muß wie im BGB. der Klage vorausgehen. Nach französischem Recht kann der Vermieter gemäß Art. 1729 C. c. Aufhebung des Hauptmietvertrages verlangen.

In allen Rechten hat also der Gesetzgeber schließlich und endlich dem Vermieter die Möglichkeit gegeben, bei unbefugter Gebrauchsüberlassung der gemieteten Sache an einen Dritten das Mietverhältnis vorzeitig zu beenden.

Ebenso gleichartig in grundsätzlicher Beziehung ist die Frage der Haftung des Mieters für den Untermieter zur Last fallendes Verschulden geregelt worden.

Im BGB. enthält § 549 die ausdrückliche Bestimmung, daß der Mieter für das Verschulden des Untermieters dem Vermieter gegenüber haftet. Der Gesetzgeber wollte damit der Ansicht vorbeugen, daß in der Erlaubniserteilung des Vermieters ein Verzichi auf die an sich schon aus § 278 BGB. sich ergebende Haftung

---

11) Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer einen erheblichen nachteiligen Gebrauch davon macht. (§ 1118 Satz 1 a. BGB.)

12) Fürth S. 105.

13) Der Mieter ist verpflichtet, bei dem Gebrauch der gemieteten Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu verjahren. Macht der Mieter ungeachtet erfolgter Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache oder fügt er derselben durch offenbaren Mißbrauch dauernden Schaden zu, so kann der Vermieter die sofortige Auflösung nebst Schadensersatz verlangen. (Art. 285 OblR.)

des Mieters für seinen Untermieter zu erblicken ist. Die Haftung tritt nur bei Verschulden des Untermieters ein. Für Zufall wird der Mieter dann auch haften, wenn die Untervermieter ohne Erlaubnis des Vermieters erfolgt ist. Das Verhalten des Mieters ist in diesem Fall vertragswidrig. Er haftet demnach für jeden durch den vertragswidrigen Gebrauch entstehenden Schaden.

Aus § 549 Abs. 2 BGB. folgt, daß sich das vertragswidrige Verhalten des Untermieters im Verhältnis von Vermieter und Mieter auch als vertragswidriges Verhalten des letzteren darstellt. Neben dem Anspruch auf Schadensersatz wird daher dem Vermieter die Klage auf Unterlassung nach § 550 BGB. zustehen, wenn der Untermieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht und diesen Gebrauch trotz Abmachung fortsetzt.[14]

Das Kündigungsrecht nach § 553 BGB. steht dem Vermieter auch dann zu, wenn der Untermieter ungeachtet einer Abmachung des Vermieters einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Mieter obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet.

Voraussetzung des Kündigungsrechts ist also nicht allein der vertragswidrige Gebrauch und seine Fortsetzung trotz Abmachung, sondern es wird qualifiziert verlangt, daß durch diesen Gebrauch die Rechte des Vermieters erheblich gefährdet werden. Hierdurch wird zum Schutz des Mieters verhindert, daß bei geringfügigem Verschulden des Untermieters der Vermieter sofort sein Kündigungsrecht geltend machen kann. Das Recht aus § 553 BGB. ist weiterhin an die Voraussetzung geknüpft, daß eine Abmachung durch den Vermieter erfolgt. An wen sich die Abmahnung zu richten hat, könnte nach dem Wortlaut des § 553 zweifelhaft sein. Oertmann[15] und Planck[16] vertraten früher den Standpunkt, daß die Abmahnung des Vermieters, um die vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung zu haben, sich direkt an den, der den vertragswidrigen Gebrauch ausübt, d. h. an den Untermieter, richten müsse. Dem tritt die herrschende Lehre nicht bei. Nach der oben dargelegten Ansicht würden in einem solchen Fall direkte Beziehungen zwischen Vermieter und Untermieter entstehen. Der Untermietvertrag ist jedoch ein vom Hauptmietverhältnis unabhängiger Mietvertrag, der nur Mieter und Untermieter in Verbindung treten läßt. Der Vermieter kann daher Erklärungen, die rechtsgeschäftliche Wirkungen für das

---

14) Fischer-Henle § 550 Anm. 1; Mittelstein S. 246.
15) Oertmann zu § 553 Anm. 2, 3. Aufl.
16) Planck zu § 553 Anm. 1 b, 2. Aufl.

Hauptmietverhältnis, also seine eventuelle Auflösung, zur Folge haben würde, nur seinem Vertragskontrahenten, nämlich dem Mieter gegenüber voll wirksam abgeben.[17]

Im französischen Recht haftet der Mieter für Veränderungen und Verschlechterungen,qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires (art. 1735 C. c.).[18] § 1111 a. BGB. läßt den Mieter für Verschulden, nicht für Zufall, dann haften, wenn das Mietstück geschädigt oder durch Mißbrauch abgenützt wird. Die sich aus dem Gebrauch der Mietsache ergebende Abnutzung ist wie im BGB. — Veränderungen und Verschlechterungen, die durch den vertragswidrigen Gebrauch herbeigeführt werden, — nicht zu vertreten.[19]

Art. 285, Abs. 2, Satz 1 OblR. bestimmt die Haftung des Mieters dafür, „daß der Untermieter die Sachen nicht anders gebraucht, wie es dem Mieter gestattet ist". Der Grundsatz der Haftung des Mieters für Verschulden des Untermieters hat demnach fast in der gleichen Form in allen hier verglichenen Gesetzen Aufnahme gefunden. Er ist zum Schutz des Mieters notwendig und nicht zu hart für den Mieter, da dieser sich meistens aus dem Untermietverhältnis an den Untermieter wird halten können und von diesem mit Ausnahme der Fälle der Zahlungsunfähigkeit wird entschädigt werden.

---

17) Mittelstein S. 140 Anm. 12; Fischer-Henle § 550 Anm. 3.

18) Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires.

19) Wird das Miet- oder Pachtstück beschädigt oder durch Mißbrauch abgenützt, so haften Mieter und Pächter sowohl für eigenes als des Afterbestandnehmers Verschulden, nicht aber für Zufall.

II.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Mieter und dem Untermieter.

1. Die Natur des Untermietvertrags.

Für das Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter ist der Untermietvertrag maßgebend. Dieser ist im BGB. ein vollkommen selbständiger Mietvertrag, der von dem Hauptmietvertrag unabhängig ist. Mieter und Untermieter stehen sich wie Vermieter und Mieter mit selbständigen Rechten und Pflichten gegenüber. Sämtliche Vertragsverpflichtungen sind die gleichen wie im Hauptmietverhältnis und nach diesen Vorschriften zu beurteilen.[1]

Völlig unabhängig ist der Untermietvertrag von der Erteilung der Genehmigung durch den Vermieter. Früher vertrat Endemann die Ansicht, daß die Genehmigung eine Art Einwilligung im Sinne des § 183 BGB. sei.[2] Demnach würde der Untermietvertrag erst wirksam werden, wenn die Genehmigung tatsächlich erteilt würde. Ich habe schon oben die Unrichtigkeit dieser Ansicht hervorgehoben, die Endemann in den neueren Auflagen eingeschränkt hat. Die Erlaubnis des § 549 BGB. bezieht sich nur auf die Gebrauchsüberlassung der Sache an den Untermieter und ist ohne Einfluß auf den Bestand des Untermietvertrags. In der Praxis erlangt sie oft in der Hinsicht Bedeutung, daß der Untermietvertrag unter der Bedingung abgeschlossen wird, daß der Hauptvermieter seine Erlaubnis zu dem Untermietvertrage bezw. der Gebrauchsüberlassung erteilt. Es handelt sich dann um entweder aufschiebend oder auflösend bedingte Verträge. Die Unabhängigkeit der Gültigkeit des Untermiet- vom Hauptmietvertrage ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, daß es für den „Begriff der Miete ohne Bedeutung ist, ob und welche Rechte der Vermieter an der Mietsache hat".[3]

Die ausländischen Kodifikationen haben den Untermietvertrag ebenfalls völlig unabhängig vom Hauptmietvertrag gestaltet. Im

1) Mittelstein § 91.
2) Endemann § 168 d Anm. 18, S. 1056, 5. Aufl.
3) Mittelstein § 88, 1 S. 439.

französischen Recht hat der Untermietvertrag tatsächlich nur den Gegenstand und die Person des Mieters mit dem Hauptmietvertrag gemeinsam: „La sous-location ou la cession etant par rapport au bailleur res inter alios acta.“[4] Ebenso das österreichische und schweizer Recht: „Der Afterbestandnehmer steht in einem Vertragsverhältnis nur mit dem Hauptbestandnehmer und hat gegen den Eigentümer weder Rechte noch Pflichten.“[5]

Trotz dieser Selbständigkeit von Haupt- und Untermietvertrag treten in jedem der Gesetzbücher Haupt- und Untermieter in irgendwelche Beziehungen zu einander. Dies darzulegen, bleibt dem dritten Abschnitt — Rechtsverhältnis zwischen Haupt- und Untermieter — vorbehalten.

2. Die Verpflichtungen aus dem Untermietvertrage.

Die Verpflichtungen aus der Untermietfrage richten sich, da dieser seiner rechtlichen Natur nach ein Mietvertrag ist, nach den allgemeinen Vorschriften über Mietverträge. Danach hat der Mieter gemeinsam in allen Gesetzen vorerst die Pflicht der Gebrauchsüberlassung und der Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande.[1]

Die Haftung für Mängel ergibt sich im BGB. aus §§ 537, 538. Danach ist der Untermieter von der Entrichtung des Mietzinses befreit, wenn die vermietete Sache mit einem schon zur Zeit der Ueberlassung vorhandenen Sachmangel behaftete ist. Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann er verlangen, wenn der Mangel schon bei Abschluß des Vertrages bestand. Dieselben Vorschriften finden gemäß § 541 BGB. bei Vorliegen von Rechtsmängeln Anwendung. Aehnlich kann nach § 1117 a. BGB. der Bestandnehmer vom Vertrage bei Vorliegen von Sachmängeln oder wenn die Mietsachen nicht in ordnungsgemäßem Zustand erhalten ist, abstehen. Der französische Untermieter kann nach art. 1721, 1722 C. c. Herabsetzung des Mietzinses oder Schadensersatz verlangen. Der Artikel 277 OblR. gewährt dem Untermieter im Falle der Uebergabe der Sache in nicht zum vertragsmäßigem Gebrauch geeignetem Zustande ein Recht zum Rücktritt. Bei Vorliegen von Sachmängeln kann der Untermieter Herabsetzung des Mietzinses und falls den Mieter ein Verschulden trifft, Schadensersatz verlangen.

Die Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung bürgt auch die Haftung des Mieters gegenüber dem Untermieter für Entziehung

4) Beudant 530 S. 374.
5) Krainz § 370 S. 282.
1) BGB. § 536; a. BGB. § 1096; C. c. art. 1719, 1720; OblR. Art. 276.

der gemieteten Sache während der Zeit des Bestehens des Untermietvertrags in sich. Der Mieter des BGB. haftet hier nach §§ 542, 543, d. h. der Untermieter hat das Recht, fristlos zu kündigen. § 1117 a. BGB. gewährt dem Untermieter bei Entziehung der Mietsache die gleichen Rechte wie bei Vorliegen von Sachmängeln. Nach Art. 280 OblR. kann der Untermieter, falls ein Dritter Anspruch auf die gemietete Sache erhebt, Erfüllung oder Schadensersatz verlangen. Aufhebung des Vertrags bezw. Schadensersatz oder Nachlaß des Mietzinses kann der Untermieter im französischen Recht ohne Rücksicht auf Verschulden des Vermieters nach art. 1726 C. c. beanspruchen.

Die Regelung der Haftung für Sach- und Rechtsmängel ist also in den ausländischen Gesetzen überall die gleiche wie im BGB., ein näheres Eingehen erübrigt sich daher im Rahmen der Arbeit.

Im BGB. hat der Mieter eines Grundstücks, nach § 580 BGB. also auch der Mieter von Wohnräumen, ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters. Der Code civil gewährt dem Mieter im art. 2102 ein besonderes Vorzugsrecht. Das Vorzugsrecht, so genannt, weil es den Gläubiger berechtigt, sich vor allen anderen Gläubigern zu befriedigen, ähnelt dem Faustpfand des C. c. und dem gesetzlichen Pfandrecht des BGB.: „Es handelt sich hier um besondere gesetzliche Pfandrechte an Mobilien."[2]

§ 1101 a. BGB. gewährt wie § 559 BGB. dem Vermieter von Wohnräumen ein gesetzliches Pfandrecht an den Illaten des Mieters. Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß, da zwischen dem Afterbestandgeber und Afterbestandnehmer dieselben rechtlichen Verhältnisse vorliegen, wie im Hauptmietverhältnis, auch dem Afterbestandgeber dieses Pfandrecht nicht wird abgesprochen werden können.[3] Nach Art. 294 OblR. hat der Untermieter lediglich ein Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen. Das Retentionsrecht besteht wie das Pfandrecht des Code civil[4] und des a. BGB.[5] nur für den Mietzins und nicht wie im BGB. für sämtliche Forderungen aus dem Mietvertrage.

Die Verpflichtungen des Untermieters aus dem Untermietvertrage, Zahlung des Mietzinses, Abnahme und vertragsmäßiger Gebrauch der gemieteten Sache sind in den verglichenen Gesetzbüchern gleichmäßig geregelt. Die Frage, ob der Untermieter berechtigt ist, den Mietzins auch an den Hauptvermieter mit befreiender Wirkung

2) Zachariae-Crome S. 6.
3) Stubenrauch zu § 1101.
4) art. 2102 C. c.
5) § 1101 a. BGB.

zu zahlen, soll bei der Behandlung der Ansprüche des Hauptvermieters gegen den Untermieter erörtert werden.

3. Einfluß der vorzeitigen Beendigung des Hauptmietverhältnisses auf den Untermietvertrag.

Der Untermietvertrag wird im allgemeinen nicht auf längere Zeit als der Hauptmietvertrag abgeschlossen sein. Daher werden beide Mietverhältnisse meistens gleichzeitig ihr Ende finden. Es besteht jedoch die Möglichkeit, daß bei vertragswidrigem Verhalten des Hauptmieters der Hauptvermieter von seinem Recht der vorzeitigen Kündigung Gebrauch macht. Auch kann der Hauptmieter, was bei der Eigenschaft des Untermietvertrags als rein obligatorischem Geschäft stets möglich ist, den Untermietvertrag in der Hoffnung, daß er seinen Mietvertrag mit dem Hauptvermieter nach Ablauf der Mietzeit ohne Schwierigkeit wird verlängern können, auf eine längere Zeit abgeschlossen haben, als das Hauptmietverhältnis an sich dauert. Ferner ist der Fall gegeben, daß das Hauptmietverhältnis durch contrarius consensus von den Parteien vorzeitig aufgehoben wird. In allen diesen Fällen entsteht die Frage, welchen Einfluß diese vorzeitige Beendigung des Hauptmietvertrags auf den auf viel längere Zeit abgeschlossenen Untermietvertrag hat. Den hier verglichenen Gesetzen ist die Regelung gemeinsam, daß das Untermietverhältnis in tatsächlicher Hinsicht ebenfalls sein Ende findet, d. h. daß der Untermieter die gemietete Sache dem Hauptvermieter herausgeben muß. Dies soll unten bei der Erörterung der Herausgabeansprüche des Vermieters gegen den Untermieter noch näher dargelegt werden. Unterschiedlich, wenigstens in formeller Beziehung, ist die Frage geregelt, ob auch das reine Verpflichtungsgeschäft, der Untermietvertrag durch die Beendigung des Hauptmietvertrags ebenfalls sein Ende erreicht.

Das BGB. läßt in diesem Falle den Untermietvertrag unberührt. Es enthält keine anders regelnde besondere Gesetzesbestimmung. Es hält streng daran fest, daß der Untermietvertrag vom Hauptmietvertrag unabhängig ist und daß er wie jeder obligatorische Vertrag abgeschlossen werden kann, ohne daß überhaupt ein Hauptmietverhältnis besteht. Es liegt daher auch kein Grund vor, bei späterem Wegfallen des Hauptmietverhältnisses den Untermieter seiner obligatorischen Rechte auf Gebrauchsüberlassung für verlustig erklären zu wollen.[1]

Wenn daher der Untermieter auf Grund des Anspruchs aus § 556 Abs. 3 BGB. die gemietete Sache herausgeben muß, so kann

1) Mot. II, 397.

er trotzdem aus seinem Vertrage heraus gegen seinen Vermieter auf Erfüllung klagen. In Wirklichkeit wird es sich jedoch meistens um einen Schadensersatzanspruch handeln, denn der Mieter wird kaum in der Lage sein, den Gebrauch der gemieteten Sache in einem solchen Fall dem Untermieter weiter zu gewähren.

Auf einem grundsätzlich anderen Standpunkt stehen das schweizerische, österreichische und französische Recht.

Die Untermiete findet dort gleichzeitig mit dem Hauptmietvertrag ihr Ende. Schneider-Fick[2] erwähnt, daß die Entwürfe zum schweizerischen Obligationenrecht ursprünglich noch die Bestimmung enthielten, daß die Miete mit der Untermiete aufhöre. „Dieselbe wurde dann aber als nach Art. 285 selbstverständlich gestrichen."[3] Aus der Bestimmung, daß durch die Untermiete eine für den Mieter nicht nachteilige Veränderung bewirkt werden darf, folgert er also, daß die Untermiete mit der Miete „aufhören" müsse. Im österreichischen Recht sagt Stubenrauch zu § 1098 einmal schon, daß der Bestandnehmer nicht befugt sei, die Sache auf längere Zeit in Afterbestand zu geben, als für welche der Afterbestandvertrag eingegangen sei.[4]

Krainz-Pfaff[5] schließt daraus, daß der Afterbestandnehmer nur die Rechte des Hauptbestandnehmers ausübt, daß die gegen diesen eingetretene „Erlöschung des Bestandverhältnisses ipso iure auch gegen den Afterbestandnehmer wirke". Nach einer von ihm zitierten Entscheidung ist dies ebenso der Fall, wenn Bestandgeber und Bestandnehmer den Vertrag aufheben. „Offenbar hat aber dann der Afterbestandnehmer einen Anspruch auf Genugtuung."[6]

Einen Schadensersatzanspruch gibt in einem solchen Fall für das französische Recht auch Zachariae-Crome.[7] Das Vertragsverhältnis löst sich nach ihm in „Schadensersatzansprüche des Aftermieters auf". Die ausländischen Gesetze sind also grundsätzlich der Ansicht, daß der Untermietvertrag nicht länger bestehen kann als die Hauptmiete. Das BGB. beharrt auf seinem Standpunkt der rechtlichen Unabhängigkeit beider Verträge. Ich habe schon oben gesagt, daß auch im BGB. der Untermieter letzten Endes auf Schadensersatzansprüche angewiesen sein wird, weil die Gewährung des Gebrauchs der gemieteten Sache dem Mieter nicht mehr möglich ist, wenn die Sache ihm von dem Vermieter entzogen wird und

2) Schneider-Fick zu Art. 295 Nr. 4 S. 248.
3) Schneider-Fick zu Art. 295 Nr. 4 S. 248.
4) Stubenrauch zu § 1098 Anm. 2 S. 328.
5) Krainz-Pfaff § 370 S. 282.
6) Krainz-Pfaff § 370 S. 282 Anm. 14.
7) Zachariae-Crome § 348 S. 557.

weil dieser Anspruch nach § 556 Abs. 3 auch gegen den Untermieter rechtliche Wirkungen hat. In den wirtschaftlichen Folgen ist also das Ergebnis durchaus dem der ausländischen Rechte gleich, Entziehung der gemieteten Sache und Gewährung von Schadensansprüchen des Untermieters gegen seinen Vertragskontrahenten, den Hauptmieter.

III.
Das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und dem Untermieter.

1. Das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters.

Trotzdem Hauptvermieter und Untermieter durch den Abschluß des Untermietvertrags an sich nicht in Verbindung gebracht werden, so ergeben sich doch zwischen ihnen Rechtsbeziehungen, durch die auf der Erfüllung des Untermietvertrags beruhende tatsächliche Gebrauchsüberlassung der gemieteten Sache an den Dritten.

Nach dem BGB. hat der Vermieter eines Grundstücks, eines Wohn- oder sonstigen Raumes ein gesetzliches Pfandrecht für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis an den eingebrachten Sachen des Mieters. Das gleiche Recht steht dem Mieter im Verhältnis zu dem Untermieter zu. Die vom Untermieter eingebrachten Sachen unterliegen jedoch nicht dem Pfandrecht des Vermieters. Dies geht klar aus dem Wortlaut des § 559 BGB. hervor, der nur von den eingebrachten Sachen des Mieter spricht. Diese Regelung mußte sinngemäß für das BGB. erfolgen, nachdem man sich grundsätzlich auf den Standpunkt des Verbots der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten gestellt hatte. Die vorgeschlagene Ausdehnung des Pfandrechts auf die Sachen des Untermieters wurde schon von der ersten Kommission abgelehnt, weil diese Ausdehnung nur eine ganz „unnötige Härte“[1] bedeuten würde.

In den Protokollen wird als Grund dafür, daß das Vermieterpfandrecht nicht auch auf die Sachen der Ehefrau der Kinder und des Untermieters erweitert wurde, angeführt, daß das Pfandrecht des Vermieters an den Sachen des Mieters eine geschichtliche aus dem gemeinen Recht übernommene Einrichtung sei, die nicht beseitigt, aber auch nicht verstärkt werden könne.

Bähr[2] hatte in seinem Gegenentwurf zum Entwurf eines BGB. den gegenteiligen, dem gemeinen Recht entsprechenden Standpunkt

1) Mot. II, 404.
2) Bähr im Gegenentwurf zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.

vertreten. Er findet es der Sachlage nicht entsprechend, daß der Hauptmieter mit dem in seinem Grundstück wohnenden Untermieter keine rechtliche Beziehungen haben und wegen seiner Ansprüche „hinter dem Hauptmieter herlaufen solle".[3] Diese Ansicht ist damit unzutreffend geworden, daß der Grundsatz der Lokationsfreiheit nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden ist. Da der Vermieter des BGB. durch die nach § 549 BGB. erforderliche Erlaubnis an sich schon geschützt ist, liegt kein Grund vor, ihn durch ein Pfandrecht noch besonders sicherzustellen. Ein Pfandrecht könnte nach BGB. nur auf die Weise entstehen, daß der Mieter seinem Vermieter die Forderungen aus dem Untermietvertrage abtritt und das Pfandrecht mit der Forderung gemäß § 1250, 1257 BGB. mit übergeht.

Das österreichische, schweizerische und französische Recht haben im allgemeinen dem Vermieter eine Art Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters zugestanden. Im österreichischen Recht hat der Vermieter einer Wohnung ein Pfandrecht an den Illaten und Invekten des Untermieters.[4] Nach Krainz-Pfaff[5] stellt sich das Pfandrecht des Vermieters jedoch nur als ein Afterpfandrecht an dem den Unterbestandgeber dem Aftermieter gegenüber zustehenden Pfandrecht dar. Unter dem Afterpfandrecht (subpignus) versteht das österreichische Recht „die Verpfändung eines Pfandrechts zur Sicherstellung einer Schuld des Pfandgläubigers gegenüber einem Dritten".[6] Dies ist zulässig, da nach § 448 a. BGB. alles, was Gegenstand des Verkehrs ist, auch gepfändet werden kann. Daher haftet der Aftermieter auch nur bis zu dem Betrage seiner Zinsschuld, was auch schon im Gesetz hervorgehoben ist.[7] Der Aftermieter kann dem Vermieter alle die Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen seinen Vertragskontrahenten, den Mieter, zustehen. Durch Gesetz ausgeschlossen ist jedoch der Einwand, daß bereits eine Vorauszahlung an den Mieter erfolgt ist.[8] Der Vereitelung der Sicherstellung ist somit vorgebeugt worden. Im Gegensatz zum BGB. ist die Forderung, für die das Pfandrecht eingeräumt wird, nur der Miet- und Pachtzins und nicht etwa aus dem Mietverhältnis sich ergebende Ansprüche wie z. B. auf Schadensersatz oder Restitution.[9]

---

3) Siehe Anm. 1 dieser Seite, zu § 492.
4) § 1101 a. BGB.
5) Krainz-Pfaff zu § 275 S. 181.
6) Krainz-Pfaff zu § 289 S. 163.
7) „Der Aftermieter haftet nach dem Maß seines Mietzinses". (§ 1101 a. BGB.)
8) „doch ohne die Einwendung einer dem Hauptmieter geschehenen Vorauszahlung entgegensetzen zu können.
9) „Zur Sicherstellung des Miet- oder Pachtzinses" (§ 1101 a. BGB.).

Das Pfandrecht steht ähnlich wie im BGB. auch nur dem Vermieter von Wohnungen zu. Gegenstand des Pfandrechts sind die illata und invecta, nämlich die eingebrachte dem Mieter oder Aftermieter eigentümliche Einrichtung. Um den Vermieter sicherzustellen, geht das Gesetz sogar so weit, daß es dem Pfandrecht fremde, dem Mieter oder Aftermietmanne von einem Dritten lediglich anvertraute Sachen unterwirft. Dies gilt jedoch dem Sinn des Gesetzes nach nur dann, wenn der Vermieter geglaubt hat, daß die im Besitze des Mieters oder Aftermieters befindlichen Gegenstände diesem gehören. Der Vermieter soll davor bewahrt werden, daß bei Geltendmachung seines Pfandrechts es sich plötzlich herausstellt, daß der größte Teil der eingebrachten Sachen im Eigentum eines Dritten stehen.

Das schweizerische Obligationenrecht gewährt dem Vermieter nach Art. 294 ein Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters. Da das Gesetz den Grundsatz der Sublokationsfreiheit aus dem römischen Recht übernommen hat, ist dieses Retentionsrecht nach Art. 295 auch auf die vom Untermieter eingebrachten Gegenstände erstreckt worden.

Das Retentionsrecht des schweizerischen Obligationenrecht „ist das Recht, Sachen, die man sonst herausgeben müßte, zurückzubehalten, bis die Forderung, für welche dieses Recht besteht, getilgt ist“.[10] Es ist dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht des § 369 des Deutschen Handelsgesetzbuches nachgebildet. Durch die Ausdehnung des Retentionsrechts auf Nichtkaufleute bei Vorliegen von Konnexität „ist einem Bedürfnisse Rechnung getragen worden, das sich auch schon in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach geltend gemacht hat“.[11] Das Zurückbehaltungsrecht des Art. 224 ist an sich nur ein Sicherungsmittel. Leistet aber der Schuldner für die Forderung weder Zahlung noch eine Sicherheit, so kann der Gläubiger „sein Retentionsrecht gleich einem Faustpfandgläubiger realisieren“,[12] falls er den Schuldner davon vorher benachrichtigt hat.

Das spezielle Retentionsrecht des Vermieters, und zwar nur dessen von unbeweglichen Sachen ähnlich wie im österreichischen Recht von Wohnungen, enthält eine Ausdehnung gegenüber der Bestimmung des Art. 224 OblR., weil es nicht nur für fällige Forderungen gilt, sondern auch auf den laufenden, also nicht fälligen Mietzins erstreckt worden ist.[13] Damit ist vorgebeugt worden,

10) Schneider-Fick zu Art. 224 Anm. 1, S. 196.

11) Siehe Botschaft des Bundesraths, zit. bei Schneider-Fick zu Art. 224 OblR., Anm. 1, Abs. 2, S. 196.

12) Art. 224 OblR.

13) „hat für den Miethzins des verflossenen und des laufenden Jahres ein Retentionsrecht (Art. 294 OblR.).

daß der Mieter vor dem Eintritt der Fälligkeit der Forderung, also vor Eintritt des Zinstermins mit seinen Einrichtungsgegenständen ausziehen kann, ohne daß der Vermieter die Möglichkeit hat, ihn daran zu hindern. Aehnlich wie im österreichischen unterschiedlich zum deutschen Recht gilt das Retentionsrecht nur für die Mietzinsforderung und nicht für Ansprüche, die sich sonst aus dem Mietverhältnis ergeben. Dem Zurückbehaltungsrecht unterliegen nicht auch alle inverta und illata wie im österreichischen und deutschen Recht, sondern nur diejenigen, die zur Einrichtung und Benutzung der gemieteten Räume gehören.[14] Ergriffen werden daher vor allen Dingen Mobiliar, Hausrat, die Einrichtung von Werkstätten usw., nicht Geld, Kleider und sonstige Wertsachen.[15] Um wie Schneider-Fick[16] sagt, dem „großen Unfug" vorzubeugen, der damit getrieben wurde, daß bei Geltendmachung des Retentionrechtes dritter Personen, vor allem die Ehefrau des Mieters bezw. Aftermieters mit der Behauptung intervenierten, die betreffenden Sachen seien ihnen durch constitutum possessorium übertragen worden (Art. 202 Abs. 1 OblR.), ist das Retentionsrecht ähnlich wie im österreichischen Recht auch auf die dritten Personen gehörigen Sachen erstreckt worden. Dies ergibt sich aus Abs. 2 des Art. 294 OblR.[17]

Praktisch ausgeübt wird das Retentionsrecht dadurch, daß der Vermieter beim Wegzug des Mieters soviel Sachen mit Hilfe der zuständigen Amtsstelle zurückhalten kann, wie zu seiner Deckung erforderlich ist.

Der Code civil gewährt dem Vermieter ein Vorzugsrecht sowohl an den Sachen des Mieters als auch an den des Aftermieters. Auch hier haftet der Aftermieter dem Vermieter nur für die Summe, die er seinem Vermieter schuldig ist.[18] Das Pfandrecht des Vermieters geht dabei dem des Mieters vor, da dieser vor allem als Hauptvermieter in den Besitz des Mietzinses kommen soll. Das Vorzugsrecht des Code civil gleicht seiner rechtlichen Konstruktion nach dem Pfandrecht des BGB., ist also mehr als das Retentionsrecht des schweizerischen Obligationenrechts.

---

14) „an den beweglichen Sachen, welche sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung und Benutzung gehören" (Art. 294 OblR.).

15) Schneider-Fick zu Art. 294 Anm. 3, S. 245.

16) Siehe Anmerkung 2 dieser Seite.

17) Vorbehalten bleiben im Sinne des Art. 227 die Eigentumsansprüche Dritter an verlorenen und gestohlenen sowie an solchen Sachen, von denen der Mieter wußte oder wissen mußte, daß sie nicht dem Mieter gehören. Im weiteren sind ausgenommen diejenigen Sachen, welche nach den Konkursgesetzen von der Exekution ausgeschlossen sind (Art. 294, Abs. 2 OblR.), also nur diese und nicht andere Sachen.

18) Zachariae-Crome § 231 S. 22; art. 1753, 210 2 C. c. und art. 820. C. pr. c.

Es erstreckt sich auf alle Sachen, die in die gemieteten Räume mit der Bestimmung eingebracht worden sind, in ihnen auf die Dauer aufbewahrt, verkauft oder verzehrt zu werden. Auch hier also fallen nur die Sachen unter das Vorzugsrecht, die für den Haus- oder Berufsgebrauch des Mieters oder des Aftermieters bestimmt sind. Die vereinzelt vertretene Ansicht, daß alle Sachen, also auch Geld, Schuldurkunden usw. erfaßt werden, hat sich nicht durchgesetzt.

Die ausländischen Kodifikationen haben also auf Grund des von ihnen aufgenommenen Prinzips der Sublokationsfreiheit mit geringen Abweichungen untereinander dem Vermieter ein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters gewährt. Das BGB. hat den Vermieter nicht so zu sichern glauben müssen, da dessen Interessen durch die Abhängigkeit des Mieters vom Vermieter bei der Aufnahme des Untermieters eine genügende Wahrung gefunden haben.

2. Der Anspruch des Vermieters gegen den Aftermieter auf Zahlung des Mietzinses.

Zusammenhängend mit der Haftung des Untermieters gegenüber dem Vermieter mit den eingebrachten Sachen des ersteren ist die Frage, ob der Vermieter einen direkten Anspruch auf den Mietzins gegenüber dem Untermieter hat.

Im BGB. ist der Untermieter nur verpflichtet, seinem Vertragsgegner, nämlich dem Mieter, zu zahlen. Es ist dies ebenso wie die Tatsache, daß die eingebrachten Sachen des Untermieters nicht dem Hauptvermieter haften, eine Folge der Selständigkeit des der Gebrauchsüberlassung zugrunde liegenden Untermietvertrags. Dies gilt natürlich nur für den Fall der Untermiete und nicht dann, wenn auf Grund einer Zession dem Vermieter die Ansprüche gegen den Untermieter abgetreten worden sind.

Der Mieter kann oft ein Interesse daran haben, den Mietzins direkt an den Hauptvermieter zu zahlen, nämlich dann, wenn der Hauptmieter insolvent ist und die Gefahr besteht, daß wegen nicht pünktlicher Mietzinszahlung der Hauptvermieter sein Kündigungsrecht geltend macht. In einem solchen Fall muß nach § 556 Abs. 3 BGB. der Untermieter ebenfalls räumen. Nach § 267 BGB. kann an sich jeder Dritte die Leistung bewirken, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Wenn der Schuldner widerspricht, kann der Gläubiger, also der Vermieter, die Leistung ablehnen. Ob der Untermieter dem Mieter gegenüber durch diese Leistung frei werden wird, richtet sich nach den Vorschriften der

Geschäftsführung ohne Auftrag, also danach, ob die Leistung mit dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch stehen wird oder nicht (§ 678 BGB.). Gegen den Willen des Mieters wird also der Untermieter mit befreiender Wirkung an den Hauptvermieter nicht zahlen können.

Unbenommen bleibt es dem Hauptvermieter natürlich immer, falls der Vermieter nicht pünktlich zahlt, sich dessen Anspruch gegen den Untermieter pfänden und überweisen zu lassen.

Das schweizerische Obligationenrecht kennt keinen direkten Anspruch des Vermieters gegen den Aftermieter auf Zahlung des Mietpreises. Ein dahingehender Vorschlag, der gemacht worden war, ist abgelehnt worden.[1] Auf dem gleichen Standpunkt steht das a. BGB. Es enthält in dieser Hinsicht keine positive Gesetzesbestimmung.

Anders das französische Recht. Obgleich auch dort ein Vertragsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Untermieter nicht besteht, hat ersterer doch die Klage aus Art. 1753 C. c.[2] Danach haftete der Untermieter dem Hauptvermieter für den an sich vom Mieter zu entrichtenden Mietzins jedoch nur bis zu der Höhe des von ihm selbst geschuldeten Betrages. Er darf sich sogar nicht Vorauszahlungen, die er dem Vermieter geleistet hat, zur Anrechnung bringen lassen, wenn nicht diese Vorauszahlungen auf Grund einer besonderen Bestimmung seines Vertrags oder infolge eines Ortsgebrauchs erfolgt sind. Von der herrschenden Lehre wird angenommen, daß es sich dabei um eine direkte Klage gegen den Aftermieter, also eine action directe et personelle und nicht nur um eine indirekte nach art. 1166 C. c.[3] handelt. Das französische Recht steht mit der Gewährung dieser direkten Klage vereinzelt da. Die anderen Kodifikationen haben in Verfolg ihrer Auffassung von der Unabhängigkeit des Haupt- vom Untermietvertrage dem Hauptvermieter diesen Anspruch nicht zugestanden. Ich habe nun oben bei Behandlung der Frage der Zulässigkeit der Untermiete darauf hingewiesen, daß es dem französischen Gesetzgeber darauf ankam, dem Eigentümer, der der Hauptvermieter wohl meistens sein wird, möglichst finanziell sicherzustellen. Grundsätzlich herrscht das Prinzip der freien Untermiete, auf das persönliche Vertrauensverhältnis der Mietparteien wird dabei unterschiedlich zum BGB.

1) Schneider-Fick zu Art. 285 S. 239.

2) Art. 1753 C. c.: „Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqui à concurence du prix de sa sous-location, dont il peut être débiteur au moment de la saisi et sans qu'il puisse opposer des paiements fait par anticipation.

Les paiements faits par le sous-locataire soit en vertu d'une stipulation portée en son bail soit en conséquence de l'usage des lieux ne sont pas réputées fait par anticipation.

3) Zachariae-Crome § 348, Anm. 7, S. 558.

keine Rücksicht genommen. Daher gestattet man an sich die Untermiete, gibt dem Vermieter jedoch die direkte Mietzinsklage und das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters. Auf diese Weise verschafft man dem Vermieter an Stelle eines Verpflichteten, nämlich des Hauptmieters, noch einen zweiten Kontrahenten, den er in Anspruch nehmen kann.

3. Der direkte Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Untermieter im BGB.

Der Grundsatz des BGB., daß der Untermietvertrag keine direkten Beziehungen zwischen Hauptvermieter und Untermieter schafft, ist vom BGB. einmal zugunsten des Vermieters unterbrochen worden und zwar durch die Gewährung des direkten Herausgabeanspruchs des Vermieters gegen den Untermieter bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses (§ 556 Abs. 3 BGB.). Die ausländischen Kodifikationen enthalten keine derart positive Gesetzesbestimmung. Dort erreicht bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses auch der Untermietvertrag sein Ende. Der Untermieter wird daher die gemietete Sache dem Hauptmieter zurückgewähren müssen. Auf diese Weise wird es dem Hauptvermieter meistens möglich sein, seinen Rückforderungsanspruch aus dem Hauptmietvertrag zu realisieren und so in den Besitz der vermieteten Sache zu gelangen. Anders im BGB.

Hier ist die Beendigung des Hauptmietverhältnisses ohne Einfluß auf den Untermietvertrag. Ich habe schon oben dargelegt, daß der Untermieter trotz Beendigung des Hauptmietvertrages aus seinem Vertrage heraus auf Erfüllung klagen kann. Daher mußte das BGB. eine besondere Regelung treffen.

Man ist bei der Schaffung des Anspruchs aus § 556 Abs. 3 BGB., der doch immerhin eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 241 BGB. darstellt, in der Hauptsache von dem Gedanken ausgegangen, daß der Vermieter, der nur obligatorisch berechtigt ist, nicht in den Besitz der Sachen kommen kann, wenn das Hauptmietverhältnis beendet ist, der Untermietvertrag aber noch besteht und der Untermieter die Mietsache in Besitz hat. Ein gegen den Mieter ergangenes Urteil wirkt nicht gegen den Untermieter, da dieser nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 325 ZPO. ist.[1] Gegen diese herrschende Ansicht Hellwig, der § 325 ZPO. Anwendung finden läßt, wenn die Sache nach der Rechtshängigkeit einem Dritten überlassen wird.[2] Selbst der umständliche Weg der Abtretung der

1) Borchardt S. 140; Romeick S. 21.
2) Hellwig § 63 I Anm. 880 S. 422.

Ansprüche aus dem Untermietvertrag an den Vermieter oder ihre Ueberweisung zur Einziehung gemäß § 886 ZPO. führt in diesem Falle nicht zum Ziel, da der Untermieter dem Mieter gegenüber noch zum Besitz berechtigt ist. „Ein dringendes praktisches Bedürfnis“ verlangte daher, „dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses unter allen Umständen auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Untermieter auf Räumung bezw. Rückgabe der Mietsache zu geben.“[3]

Die juristische Konstruktion des Anspruchs hat man der Wissenschaft überlassen, die sich auch eifrig damit beschäftigt hat und zur Aufstellung der verschiedenartigsten Theorien gekommen ist.

Im allgemeinen werden zwei grundsätzlich verschiedene Ansichten vertreten. Die erste behandelt den Anspruch als aus den Besitzverhältnissen entsprungen; die zweite gibt ihm einen obligatorischen Charakter.

Staudinger legt den Besitz zugrunde.[4] Bleibt der Untermieter nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses weiter in den Räumen wohnen, so entzieht er dem mittelbaren Besitzer durch verbotene Eigenmacht den Besitz. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Fuld[5] der Besitzstörung annimmt und Friderici,[6] der von einem unberechtigten Eindringen in das Haus des Vermieters spricht. Auch Nissen[7] führt den Anspruch im Grunde genommen darauf zurück, „daß der Dritte nach beendetem Hauptvertrage den Besitz gegen den Willen des Vermieters fortsetzt.

Gegen diese Ansichten spricht die Tatsache, daß es im BGB. nicht möglich ist, daß gegen den mittelbaren Besitzer überhaupt und besonders auch nicht von seiten des unmittelbaren verbotene Eigenmacht verübt wird (§ 869 BGB.). Letzterer hat doch den Besitz, wenn auch vermittelt durch den Mieter, mit Willen des mittelbaren Besitzers erlangt. Hellwig[8] konstruiert folgendermaßen. Der Vermieter hat als mittelbarer Besitzer über den Besitzmittler (Mieter) die Sache dem unmittelbaren Besitzer (Untermieter) zum Gebrauch überlassen. Daher ergibt sich der Rückforderungsanspruch schon aus § 1006 Abs. 3 BGB.; er beruht nicht auf einem Kontraktverhältnis, sondern stellt sich als die „deutschrechtliche trotz der romanistischen Verkleidung in das BGB. aufgenommene Mobiliarvindikation dar“. § 556 Abs. 3 wolle, „in Harmonie mit

3) Prot. II, 190.
4) Staudinger zu § 556 Abs. 3 S. 913.
5) Fuld S. 109.
6) Friderici S. 45.
7) Nissen, JW. 1903, S. 202.
8) Hellwig S. 422.

den Vorschriften des § 986 BGB.“ nur zum Ausdruck bringen, daß die Restitution vor Beendigung des Hauptmietverhältnisses nicht möglich sei und erscheine demnach als ein nach dem BGB. ganz selbstverständlicher Anspruch.

Gegen Hellwig läßt sich vor allem einwenden, daß § 1006 BGB. lediglich eine Eigentumsvermutung für den mittelbaren Besitzer und keine Klage aus dem Besitz enthält. Diese Eigentumsvermutung gilt nur für bewegliche Sachen, während § 556 Abs. 3 hauptsächlich wohl Immobilien Anwendung finden soll. In der Praxis ist jedenfalls die Miete von Grundstücken und vor allem von Wohnungen viel häufiger als die von beweglichen Sachen. Gegen die Besitznatur und für den obligatorischen Charakter des Anspruchs spricht besonders aber die Stellung der Vorschrift im Schuld- und nicht im Sachenrecht. Der Anspruch des Vermieters im Abs. 1 des § 556 BGB. gegen der Mieter auf Herausgabe der Mietsache ist gewissermaßen im Abs. 3 auch auf den Untermieter erstreckt worden. Darauf deutet der Wortlaut des Gesetzes „Der Vermieter kann die Sache a u ch von dem Untermieter verlangen“. Daß der Anspruch des Abs. 1 rein obligatorischer Natur ist, ist dabei wohl unbestritten. Legte man dem Anspruch wie Hellwig petiorischen Charakter bei, so wäre es unverständlich, warum § 556 Abs. 3 BGB. nur gegen den Dritten Wirkung haben soll, dem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, während der petitorische Anspruch sich doch sonst gegen jeden Dritten richtet, also auch gegen den, der auf Grund eines Verwahrungsvertrags oder als Pfandgläubiger die Sache zwar im Besitz hat, aber nicht zum Gebrauch berechtigt ist.[9] § 556 Abs. 3 würde weiterhin gerade in dem Fall versagen, für den er besonders geschaffen worden ist, nämlich dann, wenn der Untermieter nicht Eigentümer der Mietsache ist. Der Anspruch ist aber vollkommen unabhängig vom Eigentum und soll auch selbst dem Nichteigentümer gegenüber dem Eigentümer zustehen.[10] Schließlich müßte man sich fragen, warum § 556 Abs. 3 überhaupt geschaffen worden ist, wenn er weiter nichts als eine Wiederholung der §§ 985, 986 und 1006 darstellen soll. Etwas „Selbstverständliches“ noch einmal auszudrücken, wird kaum Absicht des Gesetzgebers gewesen sein.

Den Anspruch auf obligatorischer Grundlage beruhend, zu erklären, sind die verschiedenartigsten Versuche z. T. mit sehr unbefriedigenden Ergebnissen gemacht worden. Mittelstein[11] und Vor-

9) Romeick S. 16.
10) Oertmann zu § 556 Abs. 3 S. 578; Mittelstein § 90 S. 588; Romeick S. 17.
11) Mittelstein § 90, 4, S. 583.

cherdt[12] sagen, die Klage sei aus dem Vertrage des Vermieters entsprungen, Endemann[13] spricht von einem gegen den Dritten wirkenden Forderungsrecht. Dernburg[14] läßt den Anspruch in Erwägungen der Zweckmäßigkeit seine Begründung finden. Die Denkschrift[15] äußert sich lediglich dahin, daß dem Vermieter aus seinem Vertrage mit dem Mieter ein Anspruch auch gegen den Untermieter zustehe. Keine dieser Ansichten gibt aber eine befriedigende Erklärung, auf welche Weise der Untermieter zu dem Vermieter, dem er doch gänzlich fernsteht, in Beziehung tritt, so daß ein direkter Anspruch entstehen kann. Stammler[16] bezeichnet die Klage aus § 556 Abs. 3 als eine actio utilis, nach Brückner[17] und früher auch Planck[18] „wird die auf dem Mietvertrage ruhende Räumungspflicht an die Innehaltung der Mieträume geknüpft, der entsprechende Anspruch also zu einer „actio in rem scriptam". Abgesehen davon, daß diese Ansichten überhaupt nur eine Bezeichnung und keine rechtliche Konstruktion ergeben, ist gegen die Auffassung von Brückner, es handele sich um eine actio in rem scriptam, hervorzuheben, daß die Klage aus § 556 Abs. 3 BGB. sich nicht gegen jeden Dritten richtet, sondern nur gegen den, der auf Grund eines Untermietverhältnisses den Besitz der Sache erlangt hat. Außerdem sind die zum Vergleich herangezogenen Begriffe selbst noch viel zu wenig klar, um die Stellung des Untermieters diesem Anspruch gegenüber und die Einwendungen, die ihm zustehen könnten, offensichtlich erscheinen zu lassen.[19]

Romeick vergleicht den Anspruch mit der actio quod metus causa, die sich gegen den richtet; qui hac ex re lucrum sensit. Neben dem obligatorischen Rückforderungsanspruch des Vermieters gegen den Mieter „lagere sich die völlig neutrale Tatsache" der Gebrauchsüberlassung an den Untermieter und aus dieser Lagerung der Sachen führe dann das Gesetz einen unmittelbaren Herausgabeanspruch gegen den Untermieter herbei. „Es handele sich dabei um eine eigene ursprüngliche obligatorische Verpflichtung des Dritten", die durch die Beendigung des Hauptmietverhältnisses begründet ist.[20]

12) Seite 97.
13) Endemann I § 169 Anm. 21 S. 1057 Aufl. 8.
14) Dernburg § 221 S. 201.
15) Denkschrift S. 106.
16) Stammler S. 45.
17) Brückner S. 101.
18) Planck zu § 556 Abs. 3, Bem. 3. Aufl. ½, 1900.
19) Oertmann zu § 556 3 b.
20) Romeick S. 30.

Romeicks „abgeleiteter Schuld“ kommt Oertmann[21] sehr nahe, der dem Untermieter durch den Abschluß seines Vertrages „kraft gesetzlicher Schuldübernahme“ neben den Mieter in dessen Rückgabeverpflichtung — ähnlich wie in § 419 BGB. — eintreten läßt. Hiergegen wendet Romeick ein, daß „es dem Untermieter durchaus fernläge, die Verpflichtung des Mieters aufsichzunehmen“.[22] Auf den Willen des Uebernehmenden kommt es aber in diesem Fall gar nicht an, denn es handelt sich hier um eine gesetzliche und keine freiwillige Schuldübernahme. Auch im Falle des § 419 BGB. ist ein besonderer Wille nicht erforderlich. Beide Ansichten zeigen trotz äußerer Differenzen fast die gleichen Ergebnisse. Romeicks abgeleitete Schuld „entsteht lediglich von vornherein neu in der Person des Schuldners“, nach Oertmann erwächst die Verpflichtung aus der alten Schuld.[23]

Die m. A. n. befriedigendste Konstruktion finden Planck und mit geringem Unterschied Reichel, denen sich im Ergebnis Schollmeyer anschließt. Nach Reichel[24] sollte sich der Untermieter darüber klar sein, daß sein Recht auf Gebrauchsüberlassung immer nur solange dauern kann wie seinem Vermieter das Benützungsrecht zustünde. Er verpflichtete sich also gewissermaßen stillschweigend schon beim Abschluß des Vertrags, die Sache nach rechtmäßiger Beendigung des Hauptmietverhälnisses an den Vermieter zurückzugeben. Damit tritt er „in die auf dem Gebrauchsüberlassungsvertrag beruhende Rückgabeschuld als Gesamtschuldner ein.“ Es handele sich um eine „gleichgründliche Gesamtschuld“, besonders, da ja auch vom Mieter und Untermieter die gleiche species, d. h. die Rückgabe einer unteilbaren Leistung geschuldet wird. Er nimmt gesetzliche Mitübernahme der Schuld an. Ein ähnliches Resultat erreicht Planck,[25] der früher wie Brückener eine actio in rem scriptam angenommen hatte: „Der Absatz 3 schafft also nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Gesetzliches Gesamtschuldverhältnis“. Mieter und Untermieter seien beide nach Beendigung des Mietverhältnisses zur Rückgabe der Mietsache verpflichtet; da es sich dabei um eine unteilbare Leistung handele, so haften sie gemäß § 431 BGB. als Gesamtschuldner, und zwar „kraft positiver, auf Gründen des praktischen Bedürfnisses beruhender Vorschrift“.[26] Derselben An-

21) Oertmann zu § 556 Abs. 3 S. 579.
22) Romeick S. 25.
23) Oertmann zu § 556 Abs. 3, 3, S. 759.
24) Reichel VIII, 1, S. 112.
25) Planck zu § 556 Bem. 3 c.
26) Planck zu § 556 Bem. 3 c.
27) Schollmeyer S. 66.

sicht ist Schollmeyer[27] und Fischer-Henle,[28] im Prinzip auch Rappaport.[29] Diese Konstruktion stellt die einfachste und natürlichste Lösung dar. Sie erweitert lediglich den Anspruch des Vermieters gegen den Miete rauf Rückgabe der Mietsache auf den Untermieter und wird damit auch dem positiven Gesetzestext gerecht.

Das BGB. hat bei der Schaffung dieses Anspruchs die Interessen des Vermieters schützen zu müssen geglaubt. Der Vermieter soll jederzeit in der Lage sein, seine Mieträume wieder in Besitz zu nehmen, falls das Vertragsverhältnis mit seinem Mieter ein Ende erreicht oder aus anderen Gründen aufgelöst wird. Ein Dritter, der keinerlei Beziehungen zu ihm hat, soll ihn dann nicht im Besitz seiner Wohnräume stören.

Schluß.

Allen hier verglichenen Kodifikationen ist das Bestreben gemeinsam, einen Ausgleich der widerstrebenden Interessen zwischen Vermieter und Mieter herbeizuführen. Je nach Auffassung der Gesetzgeber sind bei der Frage der Regelung der Zulässigkeit der Untermiete die Belange des Mieters oder des Vermieters mehr geschützt worden.

Dem römischen Recht folgend und ausgehend von wirtschaftlichen Gedanken, hat sich der französische Gesetzgeber auf den Standpunkt der Sublokationsfreiheit gestellt. Mit Rücksicht auf das bei der Miete zwischen den Parteien herrschende Vertrauensverhältnis hat das BGB. die Gebrauchsüberlassung an den Dritten grundsätzlich von der Zustimmung des Hauptvermieters abhängig gemacht. Eine Mittelstellung nehmen das Schweizer und das Oesterreichische Gesetz ein. Durch die unterschiedliche Regelung dieser Frage ergeben sich auch Verschiedenheiten bei anderen Bestimmungen über die Untermiete.

An sich gemeinsam ist allen Rechten die Selbständigkeit des Untermietvertrags, der grundsätzlich keine Beziehungen zwischen Haupt- und Untermiete schafft. Jedoch erlischt der Untermietvertrag im französischen, österreichischen und schweizerischen Recht gleichzeitig mit dem Hauptmietvertrag, im BGB. besteht er fort. Das französische, österreichische und schweizerische Recht erstreckt das

28) Fischer-Henle § 556 Anm. 6.
29) Rappaport S. 321.

Pfandrecht des Vermieters auch auf die eingebrachten Sachen des Untermieters, das deutsche Recht nicht. Einen direkten Anspruch auf den Mietzins des Untermieters gewährt der Code civil dem Hauptmieter in Verfolg des Gedankens, daß die Untermiete gestattet werden könne, daß sie aber dem Vermieter einen neuen Schuldner bringen müsse. Direkte Ansprüche dieser Art kennen die anderen Kodifikationen nicht. Das BGB. hat nur einen einzigen direkten Anspruch des sonst völlig unverbundenen Haupt- und Untermieters, nämlich den Herausgabeanspruch aus § 556 Abs. 3 BGB., den anderen Gesetzen ist er fremd.

Im Ergebnis zeigen das deutsche und französische Recht die meisten Unterschiede. Eine Mittelstellung, sich selbst aber untereinander sehr ähnelnd, nehmen das österreichische und schweizer Recht zwischen den beiden oben genannten Kodifikationen ein.

Lebenslauf.

Verfasser, Sohn des Mühlenbesitzers, Handelsgerichtsrats Bruno Jung und seiner Gemahlin Elisabeth, geb. Vogt, wurde am 22. März 1904 in Kreuzburg, Oberschlesien, geboren. Nach Uebersiedelung nach Breslau im Jahre 1910 trat er Ostern dieses Jahres in das Real-Gymnisium am Zwinger ein, das er nach bestandener Reifeprüfung im Jahre 1922 verließ. Vom Som.-Sem. 1922 bis zum Wintersemester 1926 studierte er an den Universitäten Breslau und Tübingen Rechtswissenschaft und bestand am 30. und 31. Juli 1926 vor dem Oberlandesgericht Breslau seine erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Oktober 1926 befindet sich Verfasser in der Ausbildung als Gerichtsreferendar in Breslau.